



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Aufhebung von Art. 190 BV: Erörterungen anhand des Berichts und
Vorentwurfs der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17.
Februar 2011**

Uhlmann, Felix ; Hofstetter, David

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-51490>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Uhlmann, Felix; Hofstetter, David (2011). Aufhebung von Art. 190 BV: Erörterungen anhand des Berichts und Vorentwurfs der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. Februar 2011. Jusletter, 12(12.09.2011):online.

Prof. Dr. Felix Uhlmann / David Hofstetter

Aufhebung von Art. 190 BV

Erörterungen anhand des Berichts und Vorentwurfs der Kommission für
Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. Februar 2011

Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen und Völkerrecht aufgrund der Bestimmung in Art. 190 BV ist in der schweizerischen Staatsrechtslehre ein Dauerbrenner. Auch auf dem politischen Parkett gehen die Meinungen über diese Regelung weit auseinander; zwei parlamentarische Initiativen jüngeren Datums fordern die Aufhebung bzw. Relativierung des entsprechenden Verfassungsartikels. Der Beitrag beschäftigt sich mit den Folgen des jetzigen Systems und zeigt anhand des Berichts und Vorentwurfs der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. Februar 2011 auf, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit konkret ausgestaltet werden kann.

Rechtsgebiet(e): Übriges Verfassungsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Felix Uhlmann / David Hofstetter, Aufhebung von Art. 190 BV, in: Jusletter 12. September 2011

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
 1. Die Nachführung der Bundesverfassung
 - 1.1 Parlamentarische Initiativen
 2. Folgen des jetzigen Systems
 - 2.1 Verfassungskonforme Auslegung
 - 2.2 Anwendungsgebot, kein Überprüfungsverbot
 - 2.3 Partielle Überprüfung
- II. Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Diskurs
 1. Argumente gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit
 2. Argumente für die Verfassungsgerichtsbarkeit
 3. Stellungnahme
- III. Gegenstand der Neuregelung
 1. Vorbemerkung
 2. Anfechtungsobjekt
 3. Kontrollinstanz
 4. Offene Fragen
- IV. Unterschätzte neue Rügemöglichkeiten?
 1. Grundrechtliche Rügen
 2. Föderale Rügen
 3. Rechtsstaatliche Rügen

Bibliografie/Literaturübersicht

I. Ausgangslage

1. Die Nachführung der Bundesverfassung

[Rz 1] Im Rahmen der Nachführung¹ der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 fand Art. 113 Abs. 3 aBV, der «die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht [als] massgebend» bezeichnete, zunächst als Art. 191 BV, nach der Justizreform (vgl. BBI 1999 8633 ff., 8634) als Art. 190 BV Eingang in die total revidierte Verfassung vom 18. April 1999². Obwohl Art. 113 Abs. 3 aBV nur von Staatsverträgen sprach, dehnten die herrschende Lehre und die ständige Praxis des Bundesgerichts den Vorbehalt auch auf andere Quellen des Völkerrechts (z.B. Völkergewohnheitsrecht, allgemeine Regeln des Völkerrechts aus³. Inhaltlich war mit der Nachführung keine Änderung beabsichtigt⁴.

[Rz 2] Im Rahmen der Revision der Bundesverfassung wurde

versucht, die Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze auszudehnen. So schlug der Bundesrat in der Botschaft zur neuen Bundesverfassung eine konkrete Normenkontrolle von Bundesgesetzen vor. Die Kontrolle sollte beim Bundesgericht konzentriert und auf den Rügegrund der Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sein. Die Massgeblichkeit der Staatsverträge wollte der Bundesrat demgegenüber beibehalten, dies aufgrund der Grundsätze der Vertragstreue und der derogatorischen Kraft des Völkerrechts⁵. Ständerat und Nationalrat vermochten sich in der im Parlament zum Teil hitzig geführten Debatte aber nicht zu einigen und verzichteten aus Sorge um die Umsetzung der Justizreform schliesslich auf den Vorschlag des Bundesrats⁶. Auch eine mildere Variante im Rahmen der Reform des Nationalen Finanzausgleichs (NFA), die durch die Schaffung eines neuen Art. 189 Abs. 2 lit. a BV⁷ eine Überprüfung der verfassungsmässig gewährleisteten Zuständigkeiten der Kantone gleichsam als *lex specialis* zu Art. 190 BV festschreiben wollte, fand im Parlament keine Zustimmung⁸.

1.1 Parlamentarische Initiativen

[Rz 3] Der ehemalige Nationalrat Heiner Studer (EVP) reichte am 7. Oktober 2005 eine parlamentarische Initiative «Verfassungsgerichtsbarkeit» (05.445) ein, welche sich am Entwurf der Totalrevision der Verfassung orientiert und eine gerichtliche Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen verlangt⁹. Nach den Vorarbeiten der Rechtskommissionen beider Räte (diejenige des Ständerates stimmte der Initiative in einem ersten Anlauf nicht zu), gab der Nationalrat der Initiative am 28. April 2009 mit 80 zu 67 Stimmen Folge¹⁰. Sodann reichte am 5. Oktober 2007 die ehemalige Nationalrätin Vreni Müller-Hemmi (SP, seit Ende Juli 2011 parteilos) ebenfalls eine parlamentarische Initiative ein, um die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen gegenüber dem Bundesgericht zu relativieren; beide Rechtskommissionen beschlossen, der Initiative Folge zu geben¹¹.

[Rz 4] Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates setzte hierauf eine Subkommission ein, die zwei Vorschläge ausarbeitete und der Kommission unterbreitete: einmal die ersatzlose Streichung von Art. 190 BV und als Alternative die Erweiterung um einen zweiten Absatz («Ausgenommen sind Bestimmungen von Bundesgesetzen, die ein Grundrecht der Bundesverfassung oder ein vom Völkerrecht garantiertes

¹ Vgl. zu diesem Begriff Art. 3 des Bundesbeschlusses der Eidgenössischen Räte vom 3. Juni 1887 über die Totalrevision der Bundesverfassung, BBI 1887 II 963, 963: «Der Entwurf wird das geltende geschriebene und ungeschriebene Verfassungsrecht nachführen, es verständlich darstellen, systematisch ordnen sowie Dichte und Sprache vereinheitlichen.»

² SR 101. Artikel 190 BV lautet heute wie folgt: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.»

³ HALLER, N 109 zu Art. 113 aBV; KÄLIN, Beschwerde, S. 87 f.; Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 17. Februar 2011 (nachfolgend Bericht RK-N) zu den Parlamentarischen Initiativen 05.445 (Verfassungsgerichtsbarkeit) und 07.476 (Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden), S. 4.

⁴ HANGARTNER, SG-Kommentar, N 2 zu Art. 190 BV.

⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 ff., 505 ff.

⁶ BIAGGINI, N 2 zu Art. 190 BV; ZIMMERLI, S. 449.

⁷ BBI 2002 2292 ff., 2464 ff.

⁸ Vgl. BBI 2003 6591 ff.

⁹ Bericht RK-N, S. 2.

¹⁰ Bericht RK-N, a.a.O.

¹¹ RK-N, a.a.O.

Menschenrecht verletzen.»), wobei die Mehrheit der Kommission die Variante der ersatzlosen Streichung bevorzugte¹².

2. Folgen des jetzigen Systems

[Rz 5] Die Folge des jetzigen Systems besteht im Wesentlichen aus einem Durchbrechen der Normenhierarchie. Diese besagt in einer einfachen Form, dass Normen einer unteren Regelungsstufe denjenigen der oberen Regelungsstufe nicht widersprechen dürfen¹³. HANGARTNER spricht davon, dass «das gesetzte Landesrecht entsprechend dem Aufbau der Rechtsgemeinschaft (Bund, Kantone, weitere Selbstverwaltungskörper) und der demokratischen Legitimation innerhalb der Erlasse eines Gemeinwesens hierarchisch gegliedert [ist]»¹⁴. Innerhalb eines entsprechenden Gemeinwesens geht also die Verfassung dem Gesetzesrecht und dieses dem Verordnungsrecht vor¹⁵. Diese Regelung ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip, wie es in Art. 5 Abs. 1 BV festgehalten ist¹⁶. Art. 190 BV durchbricht nun aber dieses System, indem es die rechtsanwendenden Behörden aller Stufen verpflichtet, Bundesgesetze und Völkerrecht auch bei Feststellung einer Verfassungswidrigkeit anzuwenden. Die entsprechenden Normen sind also einer verfassungsrechtlichen Überprüfung gegenüber «immun». Diese Regelung hat zu einer kreativen bundesgerichtlichen Praxis und Folgeproblemen geführt, die nachfolgend kurz dargestellt werden.

2.1 Verfassungskonforme Auslegung

[Rz 6] Das Bundesgericht sucht nach Möglichkeit einen Konflikt zwischen Verfassungs- und Gesetzesrecht zu vermeiden. Um den Konflikt zu entschärfen, bedient sich das Bundesgericht der sog. *verfassungskonformen Auslegung*. Diese besagt im Wesentlichen, dass der betreffenden Norm nach den anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn zugemessen werden können soll, der sie mit der Verfassung und den Garantien der EMRK vereinbar erscheinen lässt¹⁷. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze aber am klaren und eindeutigen Sinn einer Regelung¹⁸.

2.2 Anwendungsgebot, kein Überprüfungsverbot

[Rz 7] Das Bundesgericht erblickt in Art. 190 BV *kein*

Überprüfungsverbot, sondern lediglich ein *Anwendungsgebot*, d.h. es prüft im konkreten Anwendungsfall auch Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung¹⁹. Dabei kann es einen sog. *Appellentscheid* zu Handen des Gesetzgebers erlassen, mit welchem dieser aufgefordert wird, die festgestellte Verfassungswidrigkeit auf dem Wege der Gesetzesrevision zu beheben²⁰. Jedoch nimmt das Bundesgericht nicht in jedem Fall eine Überprüfung der Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht vor; vielmehr komme es hierfür darauf an, ob «ein genügendes allgemeines Interesse an der Feststellung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit besteht»²¹. Der Schönheitsfehler einer solchen Überprüfung bleibt aber, dass es dem Bundesgericht verwehrt ist, im Falle einer festgestellten Verfassungswidrigkeit die Norm nicht anzuwenden und gegebenenfalls eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg erfolgt²².

2.3 Partielle Überprüfung

[Rz 8] Das Bundesgericht belässt es aber nicht bloss bei Appellentscheiden zu Handen des Gesetzgebers, sondern greift zuweilen auch in der Sache in das durch Art. 190 BV konzeptionierte System ein. Dies geschieht dann, wenn es zu einem Konflikt zwischen der Regelung in einem Bundesgesetz und einer dem Schutz der Menschenrechte dienenden Norm des Völkerrechts, namentlich der EMRK²³, kommt. In diesem Fall räumt das Bundesgericht der Norm des Völkerrechts den Vorrang vor dem Bundesgesetz ein. Diese Feststellung hat es erstmalig im «PKK-Entscheid»²⁴ getroffen, inzwischen darf man von einer konstanten Praxis sprechen²⁵. Formal wird diese Ausnahme damit begründet, dass

¹² RK-N, S. 2 f.

¹³ BIAGGINI, N 12 zu Art. 5 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 24, sprechen vom Vorrang der Bundesverfassung gegenüber allen anderen Normen des schweizerischen Rechts, ebenso TSCHANEN, § 8 N 2.

¹⁴ HANGARTNER, SG-Kommentar, N 25 zu Art. 5 BV.

¹⁵ BIAGGINI, a.a.O.; HANGARTNER, SG-Kommentar, a.a.O.

¹⁶ BIAGGINI, a.a.O.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2073a; HANGARTNER, SG-Kommentar, a.a.O.; MAHON, commentaire, N 8 zu Art. 5 BV.

¹⁷ Siehe aus der neuesten Rechtsprechung nur BGE 137 I 31 E. 2 S. 39.

¹⁸ Vgl. beispielsweise BGE 137 I 31 E. 2 S. 39; 136 V 231 E. 5.1 S. 236; 136 V 161 E. 6.4 171. Ob es sich bei der verfassungskonformen Auslegung letztlich um eine Normenkontrolle handelt, ist in der Lehre umstritten, vgl. hierzu die Ausführungen bei SCHERRER, S. 307–309.

¹⁹ Siehe nur BGE 137 I 23 E. 2.4.4 S. 28; 136 II 120 E. 3.5.1 S. 130; 136 I 65 E. 3.2 S. 70.

²⁰ BGE 136 II 120 E. 3.5.3 S. 131; 136 I 49 E. 3.1 S. 55: «wird eine solche [Verfassungswidrigkeit] festgestellt, muss das Gesetz aber angewandt werden, und das Bundesgericht kann lediglich gegebenenfalls den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern».

²¹ BGE 136 I 49 E. 3.1 S. 55; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_61/2008 vom 28. Juli 2008, E. 1.3.2.

²² Vgl. aus der neueren Rechtsprechung des EGMR die Übersicht von RIETIKER und dort insbesondere das Urteil *Losonci Rose et Rose c. Suisse* (Beschwerde Nr. 664/06), in welchem der Gerichtshof den Hinweis des Bundesgerichts auf Art. 190 BV und den damit einhergehenden beschränkten Korrekturmöglichkeiten zum geschlechtsdifferenzierten Namensrecht als Regel rein interner Natur zurückgewiesen hat, die an der völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz nichts ändere (RIETIKER, S. 564 f.).

²³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1882, zählen neben der EMRK auch den Uno-Pakt II dazu; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1926a, sind gegenüber anderen Staatsverträgen als der EMRK aber vorsichtig und verweisen darauf, dass das Bundesgericht in diesen Fällen bei der Annahme eines Vorranges zurückhaltender sein dürfte. Ob der Uno-Pakt II auch darunter fällt, dürfte praktisch jedoch keine überragende Rolle spielen, da die dort verankerten Rechte mehrheitlich auch durch die EMRK garantiert werden (vgl. aber Art. 25 Uno-Pakt II); vgl. hierzu HERTIG RANDALL, S. 267.

²⁴ BGE 125 II 417 E. 4d S. 425.

²⁵ BGE 131 V 66 E. 3.2 S. 70; 128 IV 117 E. 3b S. 122; 128 IV 201 E. 1.3 S. 205;

die Schweiz gemäss Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969²⁶ verpflichtet ist, die sie bindenden völkerrechtlichen Verträge zu erfüllen («pacta sunt servanda»)²⁷.

[Rz 9] Zum verfassungsgerichtlichen Schutz der Grundrechte der EMRK und weiterer Grundrechte auf völkerrechtlicher Grundlage gibt es aber eine Gegen Ausnahme, die unter dem Namen «Schubert-Praxis»²⁸ bekannt und älter als der erwähnte PKK-Entscheid ist. Das Bundesgericht hatte darin über einen Konflikt einer Bestimmung eines (völkerrechtlichen) Vertrags zwischen der österreich-ungarischen Monarchie und der Schweiz von 1875²⁹ und dem Bundesbeschluss von 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland³⁰ zu befinden. Dabei formulierte es die Regel, dass im Falle eines von der Bundesversammlung als «fonte suprema del diritto interno»³¹ erlassenen Gesetzes, welches einer völkerrechtlichen Verpflichtung entgegensteht, Ersteres vorgeht, sofern der Gesetzgeber sich der Völkerrechtswidrigkeit seines Handelns bewusst gewesen sei³². Ob die «Schubert-Praxis» heute noch unvermindert weiter gilt, ist Gegenstand einer Diskussion in der Lehre, die an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden kann³³.

[Rz 10] Als Ergebnis der partiellen Überprüfung kann jedoch festgehalten werden, dass das Bundesgericht dadurch zwei Kategorien von Rechten geschaffen hat: einerseits solche, die dem Schutz der Menschenrechte dienen und in einer völkerrechtlichen Norm verankert sind, andererseits jene, die «lediglich» durch die Bundesverfassung garantiert sind. Bei Ersteren ist die Verfassungsgerichtsbarkeit «de facto bereits realisiert»³⁴, Letztere sehen sich der Gefahr ausgesetzt, dass sie durch ein Bundesgesetz unterdrückt werden können. Dabei handelt es sich nicht bloss um Marginalien, sondern um elementare Grundrechte der Bundesverfassung, nämlich um den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfrei-

heit (Art. 27 BV) sowie die Wahl- und Abstimmungsfreiheit (Art. 34 BV)³⁵. Ein weiterer wesentlicher Aspekt, der durch Art. 190 BV einer Überprüfung entzogen ist, sind Kompetenzüberschreitungen des Bundes zu Lasten der Kantone. Während bereits heute im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden, dass der Kanton Normen erlassen habe, die gegen eine Regelung auf Bundesebene verstossen (derogatorische Kraft des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV) und daher der Kompetenzordnung der Verfassung zuwiderlaufen³⁶, ist die umgekehrte Rüge nicht möglich. Dies rührt daher, dass selbst im Falle des kompetenzwidrigen Erlasses eines Bundesgesetzes dieses für die rechtsanwendenden Behörden massgebend ist, was für das föderale Gefüge eine erhebliche Rechtsschutzlücke (zu den Klagemöglichkeiten siehe unten IV.) zur Folge hat.

II. Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen Diskurs

1. Argumente gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit

[Rz 11] Von den Gegnerinnen und Gegnern einer vollen verfassungsgerichtlichen Überprüfung von Bundesgesetzen (und Völkerrecht) werden insbesondere demokratische Gründe vorgebracht. So wird befürchtet, dass sich das Bundesgericht zu einem «Übergericht» entwickeln könnte, das den demokratischen Gesetzgeber in seiner Handlungsfreiheit zu sehr einschränke³⁷. Der vom Volk gewählte (Bundes-) Gesetzgeber werde durch die verfassungsgerichtliche Über-

jedoch wird in der Lehre vorgebracht, dass hinsichtlich dieser bundesgerichtlichen Praxis vieles noch unklar sei, vgl. BIAGGINI, N 16 f. zu Art. 190 BV; HANGARTNER, SG-Kommentar, N 29 zu Art. 190 BV; SCHERRER, S. 192; SCHÖBI, S. 133 f.

²⁶ SR 0.111.

²⁷ BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 f.

²⁸ BGE 99 Ib 39.

²⁹ Vertrag vom 7. Dezember 1875 zur Regelung u.a. der Niederlassungsverhältnisse (SR 0.142.111.631).

³⁰ AS 1961 203.

³¹ BGE 99 Ib 39 E. 3 S. 44.

³² BGE 99 Ib 39 E. 4 S. 44.

³³ Weiterführend zur Uneinigkeit der verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts BAUMANN, Schubert-Praxis, S. 1010–1014; SCHÖBI, S. 133–134. Vgl. auch KÄLIN/KÜNZLI/LIENHARD/TSCHANNEN/TSCHENTSCHER, S. 1005 ff.

³⁴ CHIES, S. 748; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1882; HANGARTNER, N 32 zu Art. 190 BV; siehe auch Bericht RK-N, S. 5 f.

³⁵ Bericht RK-N, S. 6; HERTIG RANDALL, S. 257; RHINOW, S. 42, fragt daher rhetorisch, ob es sich die Schweiz leisten könne, die Bundesverfassung als Prüfungsmassstab anders zu behandeln als die EMRK. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 825, sprechen von einer unhaltbaren Teilung der Grundrechte in zwei Kategorien, ebenso CLAUDIA SCHOCH, Bundesgericht soll auch Bundesgesetze prüfen – Nationalratskommission für mehr Rechtsstaat und den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 23. Februar 2011 (Nr. 45) 11. ZIMMERLI, S. 451, bezweifelt, dass sich das Parlament dieser Sachlage bewusst war, als es den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit verworfen hat. Vgl. zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit auch Art. 25 Uno-Pakt II bzw. die Ausführungen in Fn. 23.

³⁶ Art. 49 Abs. 1 BV regelt genau besehen nur die Regelung von Normkonflikten. Jedoch geht mit einem Normkonflikt oft auch ein Kompetenzkonflikt einher, so dass Art. 49 Abs. 1 BV auch zur Durchsetzung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung herangezogen wird, vgl. BIAGGINI, N 7 zu Art. 49 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1172; RHINOW/SCHERER, N 744–746.

³⁷ Vgl. den historischen Überblick über dieses Argument bei AUER, N 110–112; ebenfalls eine Übersicht findet sich bei KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 77 f.; nach SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 71–77, besteht bei Verfassungsgerichten die Gefahr einer Eigendynamik, welche er an Beispielen wie dem deutschen Bundesverfassungsgericht oder dem EGMR demonstriert. Die Gefahr der Verpolitisierung der Justiz spricht auch HALLER, Ausbau, S. 523, in Bezug auf die Erfahrungen in Deutschland an, sieht diese aber vor allem im Zusammenhang mit der abstrakten Normenkontrolle. Vgl. auch STEINEGGER, S. 51 sowie SEILER, S. 512–514.

prüfung seiner Erlasse (und Verträge) der Vormachtstellung beraubt, die ihm bereits durch die Verfassung zuerkannt wird (vgl. Art. 148 Abs. 1 BV). Auch seien Richterinnen und Richter nicht in genügender Weise legitimiert, über die Rechtmässigkeit eines vom Parlament beschlossenen Rechtsetzungsaktes zu befinden. Von einem prominenten Gegner wird die Auffassung vertreten, dass die Verfassung ein offenes Instrument sei, deren Konkretisierung dem Gesetzgeber obliege. Letztlich wisse niemand – auch kein Richter –, was in der Verfassung stehe³⁸. Zudem sei das Institut der Verfassungsgerichtsbarkeit historisch in Ländern angesiedelt, die durch gewaltsame Umbrüche staatsrechtliche Entwicklungen durchgemacht hätten, die sich nicht wiederholen sollten³⁹. In allgemeiner Weise wird weiter vorgebracht, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit deshalb nicht nötig sei, weil es Verstösse im Sinne des Erlasses verfassungswidriger Bundesgesetze kaum gebe und die Forderung danach daher eher wissenschaftlich begründet sei⁴⁰.

2. Argumente für die Verfassungsgerichtsbarkeit

[Rz 12] Die Gründe für eine Verfassungsgerichtsbarkeit auch gegenüber Bundesgesetzen lassen sich vor allem mit dem Schlagwort «Rechtsstaatlichkeit» zusammenfassen. Ohne an dieser Stelle die Diskussion über die verschiedenen Elemente der (formellen und materiellen) Rechtsstaatlichkeit aufnehmen zu wollen⁴¹, ist im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit die Rechtsschutzlücke angesprochen, die sich dadurch ergibt, dass die nicht in einer völkerrechtlichen Norm verankerten Grundrechte durch den Bundesgesetzgeber missachtet werden können (siehe oben I.2.2): «Ein Recht, das in die Verfassung aufgenommen ist ohne ein Verfahren, das dessen Achtung in einer konkreten Situation zu gewährleisten erlaubt, ist kein Recht»⁴². An anderer Stelle wird die Streichung von Art. 190 BV geradezu als «Ei des Kolumbus» bezeichnet, da hiermit die Normenhierarchie (siehe hierzu oben I.2.) im schweizerischen Bundesstaat wieder

hergestellt werde⁴³. Weiter kann die historische Tatsache angeführt werden, dass bei Erlass von Art. 113 Abs. 3 aBV vor allem kantonale Gesetze die Freiheiten der Bürgerinnen und Bürger beschränkt haben, wogegen sich das Hauptgewicht der Gesetzgebung schon seit geraumer Zeit auf die Ebene des Bundes verlagert hat; zudem kann der Bundesgesetzgeber nicht alle Anwendungsfälle bei Erlass eines Gesetzes voraussehen, d.h. es sind auch Situationen möglich, in denen sich ein Bundesgesetz erst in spezifischen Anwendungsfällen oder aber wegen veränderter Rahmenbedingungen als verfassungswidrig erweist⁴⁴.

3. Stellungnahme

[Rz 13] Unseres Erachtens überwiegen die Argumente für die Einführung einer vollständigen Verfassungsgerichtsbarkeit die Gegenargumente. So ist insbesondere die Abwertung der Bundesverfassung ein Faktum, welches auch von den Gegnerinnen und Gegnern ernst genommen werden sollte. Denn wenn das Argument demokratischer Vorherrschaft ins Feld geführt wird, müsste man konsequenterweise die Verfassungsgerichtsbarkeit auch gegenüber Bundesgesetzen und Völkerrecht befürworten, da die Verfassung durch die Annahme von Volk und Ständen (vgl. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV) im Gegensatz zu Bundesgesetzen erhöhte demokratische Legitimität genießt. Für die Gerichte müsste demnach die Bundesverfassung als oberste innerstaatliche Normquelle Richtschnur des Handelns sein und nicht die (etwas) weniger legitimierten Bundesgesetze⁴⁵. Auch die gegenüber Bundesgesetzen bestehende Rechtsschutzlücke darf nicht unterschätzt werden. Jegliche rechtliche Ansprüche haben nur den vollen Wert, den sie durch die prozessuale Durchsetzung erfahren. Dem ist immerhin entgegenzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber sich seiner verfassungsrechtlichen

³⁸ SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 40; DERSELBE, Ordnung, S. 172; siehe auch SEILER, S. 445 f.

³⁹ SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 6 ff. mit Hinweisen auf die Länder Österreich, Tschechoslowakei, Deutschland, Italien, Spanien, Portugal und die Länder des ehemaligen «Ostblocks».

⁴⁰ SEILER, S. 478 f.; STEINEGGER, S. 51.

⁴¹ Ein wichtiges Anliegen der Rechtsstaatlichkeit besteht in einem Modell sich gegenseitig ergänzender und beschränkender Gewalten, welches durch den blossen Nachvollzug des gesetzgeberischen Willens durch die Gerichte eine Einschränkung erfährt, vgl. Bericht RK-N, S. 8. Siehe weiterführend zum Thema Rechtsstaat die Beiträge von AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, VOL. II, N 997–1006; SCHMID/UHLMANN, S. 226–232; RHINOW/SCHAEFER, N 2590–2644.

⁴² AUER, N 561; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 36: «Verfassungsgerichtsbarkeit [ist ein] notwendiges Element der Grundrechtsverwirklichung und bildet eine Voraussetzung dafür, dass verfassungsrechtliche Garantien für den Einzelnen nicht bloss papierene Versprechen bleiben.»

⁴³ ANDREAS AUER/REGINA KIENER/FELIX UHLMANN, Richterliche Prüfung auch für Bundesgesetze – Ein mutiger Vorstoss zur Verwirklichung und Durchsetzung der Verfassungswerte, NZZ vom 22. Juni 2011 (Nr. 143) 13; RHINOW, S. 39, hält fest, dass über das von ihm als «formalrechtliches Anliegen» der Herstellung der Normenhierarchie bezeichnete Phänomen hinaus das staatspolitisch wichtige Anliegen des richterlichen Schutzes der freiheitlich-rechtsstaatlichen, föderalistischen und demokratischen Essentialia im Zentrum der Debatte stehen müsse. Diesen Aspekt rückt auch MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 70, in den Vordergrund. Vgl. zur Normhierarchie auch KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 87–100.

⁴⁴ Bericht RK-N, S. 8; RHINOW, S. 40; HERTIG RANDALL, S. 238 f., zeigt in einem historischen Kontext auf, dass bei Erlass von Art. 113 Abs. 3 aBV die grosse Sorge aufgrund der stark eingeschränkten Kompetenzen des Bundes nicht darin bestand, den Bundesgesetzgeber im Zaum halten zu müssen, sondern im Gegenteil dessen Macht gegenüber den Kantonen zu konsolidieren.

⁴⁵ HALLER, Ausbau, S. 504–506, bemängelt, dass sich der einfache Gesetzgeber mittels eines Bundesgesetzes unkontrolliert über die Verfassung hinwegsetzen und damit eine Rechtsänderung herbeiführen könne, über die man das Volk obligatorisch hätte befragen müssen. Vgl. zu diesem Argument auch Bericht RK-N, S. 8.

Verantwortung durchaus bewusst ist und Verletzungen der Bundesverfassung durch Bundesgesetze relativ selten sind.

[Rz 14] Zu relativieren ist das Argument der mangelnden Legitimation der über die Verfassungsverletzungen befindenden Richterinnen und Richter. Erstens werden diese vom Parlament gewählt (Richterinnen und Richter des Bundesgerichts von der Bundesversammlung, Art. 168 Abs. 1 BV), zweitens gebietet die gegenseitige Gewaltenhemmung («checks and balances») Kontrollmechanismen zwischen der rechtsetzenden und der rechtsanwendenden Gewalt. Im jetzigen System ist die Gewaltenhemmung durch die Regelung von Art. 190 BV nicht vollständig umgesetzt⁴⁶. Weiter ist anzufügen, dass die verfassungsrechtliche Überprüfung kantonaler Gesetze, die zur alltäglichen Arbeit des Bundesgerichts zählt, zu keinen Einbussen der direkten Demokratie in den Kantonen geführt hat⁴⁷. Das Bundesgericht hält sich denn auch bei der Prüfung von kantonalen Normen auf ihre Verfassungsmässigkeit zurück. Eine Standardformulierung in solchen Verfahren liest sich etwa so: «Bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines kantonalen Erlasses im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sich mit den angerufenen Verfassungsgarantien vereinbaren lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen (bzw. mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbaren) Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich bleibt»⁴⁸. Das Bundesgericht hat denn auch in zahlreichen Urteilen unter Beweis gestellt, dass es den politischen Spielraum des (kantonalen) Gesetzgebers respektiert und sich bei der Normenkontrolle Zurückhaltung auferlegt. Als praktisches Argument kann zudem der Wegfall der komplexen Praxis der mittelbaren Deckung von bundesrätlichen Verordnungen und kantonalem Recht durch ein Bundesgesetz vorgebracht werden, welche die Gerichte ebenfalls in nicht kleinem Mass beschäftigt⁴⁹. Zusammenfassend überwiegen unseres Erachtens die Argumente für eine Streichung von Art. 190 BV.

III. Gegenstand der Neuregelung

1. Vorbemerkung

[Rz 15] Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Variante der vollständigen Streichung von Art. 190 BV. Die Variante der Hinzufügung eines zweiten Absatzes zu Art. 190 BV würde u.E. nur zu neuen Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da der Begriff des «Grundrechts», wie er im Vorschlag verwendet wird, prozessual nicht verwurzelt ist, dies im Gegensatz zu den verfassungsmässigen Rechten (vgl. Art. 116 BGG). Dieser Meinung ist auch die Mehrheit der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates⁵⁰.

2. Anfechtungsobjekt

[Rz 16] Im Rahmen der Überprüfung von Erlassen auf ihre Verfassungsmässigkeit unterscheidet man gemeinhin zwischen *abstrakter und konkreter Normenkontrolle*. Im ersten Fall ist Anfechtungsobjekt die Rechtsnorm in ihrer abstrakten Geltung ohne Rücksicht auf einen konkreten Rechtsanwendungsakt, d.h. die Frage der Rechtmässigkeit bildet in diesem Fall die Hauptfrage⁵¹. Im Fall der konkreten Normenkontrolle (auch *akzessorisches Prüfungsrecht* genannt) findet die Normenkontrolle anlässlich eines konkreten Rechtsanwendungsaktes statt⁵². Die Ausgestaltung beider Kontrollarten kann entweder präventiv sein, wenn die Norm vor ihrem Inkrafttreten geprüft wird oder aber repressiv im Falle einer bereits in Kraft stehenden Norm, wobei die Schweiz nur letztere Form kennt⁵³. Zu unterscheiden von der akzessorischen Normenkontrolle im eben beschriebenen Sinne ist die *reine Anwendungskontrolle*. Hier wird untersucht, ob ein Erlass, welcher der Verfassung entspricht, im Einzelfall in verfassungswidriger Weise gehandhabt wurde, also z.B. gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verstösst, wobei die Verfassungswidrigkeit diesfalls nur im Einzelakt und nicht in der ihn tragenden Norm liegt⁵⁴.

[Rz 17] Die konkrete Normenkontrolle lässt sich auf das Legalitätsprinzip zurückführen (Art. 5 Abs. 1 BV), nach welchem die Behörden nur in den Schranken des Rechts tätig werden dürfen, was aber voraussetzt, dass die Norm formell und materiell rechtmässig ist und übergeordnetem Recht nicht widerspricht⁵⁵. Im geltenden System kann das Bundesgericht *kantonale Erlasse* sowohl im konkreten Anwen-

⁴⁶ HALLER, Verfassungsgericht, S. 100, spricht gar von einer «empfindlichen Einschränkung des Rechtsstaatsprinzips»; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1416: «eine gegenseitige Gewaltenhemmung [ist] nicht verwirklicht»; siehe auch RHINOW/SCHEFER, N 2278; TSCHANNEN, § 27 N 38.

⁴⁷ AUER/KIENER/UHLMANN, NZZ vom 22. Juni 2011 (Nr. 143) 13; RHINOW, S. 43.

⁴⁸ BGE 137 I 77 E. 2 S. 82; 134 I 293 E. 2 S. 295; 133 I 77 E. 2 S. 79; 133 I 286 E. 4.3 S. 295; vgl. auch KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 170–172 und 198.

⁴⁹ AUER, N 196, spricht bereits im Jahr 1984 im Zusammenhang mit dieser Prüfung von einer «immer häufigeren Rechtsprechung».

⁵⁰ Bericht RK-N, S. 11.

⁵¹ AEMISEGGER/SCHERRER, BSK-BGG, N 24 zu Art. 82; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2072; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 707; RHINOW/SCHEFER, N 557; TSCHANNEN, § 11 N 4.

⁵² AEMISEGGER/SCHERRER, BSK-BGG, N 25 zu Art. 82; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2072; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 708; TSCHANNEN, § 11 N 5.

⁵³ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 705 f.

⁵⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 2073a; TSCHANNEN, § 11 N 5.

⁵⁵ TSCHANNEN, § 11 N 36.

dungsfall als auch abstrakt (vgl. Art. 82 lit. b BGG) auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen.

[Rz 18] Im Rahmen der Arbeiten der Rechtskommission des Nationalrats wird vorgeschlagen, im Falle der Streichung von Art. 190 BV Bundesgesetze nur im Anwendungsfall auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen (konkrete Normenkontrolle)⁵⁶. Dieser Vorschlag ist unserer Meinung nach einer abstrakten Normenkontrolle vorzuziehen, dies aus folgenden Gründen:

[Rz 19] Im Rahmen der konkreten Normenkontrolle steht das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen im Vordergrund. Eine Überprüfung einer Norm findet nur statt, wenn ein Rechtsanwendungsakt in Rechte des Individuums eingreift. Bei der abstrakten Normenkontrolle steht demgegenüber nicht die Einzelfallgerechtigkeit im Vordergrund, sondern «die Schaffung genereller Normengerechtigkeit»⁵⁷. Es ist nicht zu übersehen, dass bei einer abstrakten Überprüfung eines Erlasses politische Aspekte stärker in den Vordergrund rücken, da der Normanwender eine prospektive Gesetzesevaluation im Hinblick auf die verfassungsmässige Anwendung des Erlasses durchzuführen hat⁵⁸. Dies ist jedoch eine Aufgabe, die tendenziell eher in den Aufgabenbereich des Parlaments fällt; mindestens erscheint der Gesetzgeber nicht per se ungeeigneter als ein Gericht. Ein Gericht beurteilt idealerweise einen aktuellen Einzelfall. Richterinnen und Richter können aufgrund ihrer Kenntnisse der juristischen Methodik den Entscheid auch besser in das verfassungsrechtliche Gefüge einordnen⁵⁹. Die konkrete Normenkontrolle hängt zudem eng mit dem diffusen System zusammen bzw. entspricht diesem «logischerweise»⁶⁰. Darauf ist sogleich zurückzukommen. Insgesamt liegen daher unseres Erachtens die Vorzüge auf der Seite der konkreten Normenkontrolle. Eine gewisse Asymmetrie mit Blick auf weitere Kontrollmöglichkeiten (abstrakte Normenkontrolle) gegenüber kantonalem Recht ist hinzunehmen.

3. Kontrollinstanz

[Rz 20] Mit Kontrollinstanz gemeint sind die Instanzen, welche zuständig sind, über die Verfassungswidrigkeit eines Erlasses zu befinden. Dabei unterscheidet man zwischen einem *konzentrierten und einem diffusen System*. In einem konzentrierten System ist nur ein einziges Gericht befugt, über die Verfassungsmässigkeit von Rechtsnormen zu befinden (so z.B. in Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich, Belgien, Luxemburg), wobei es sich in der Regel um ein besonderes Verfassungsgericht handelt⁶¹. Andere Gerichte können im Rahmen eines konkret zu entscheidenden Falles das mit der Verfassungsgerichtsbarkeit betraute Gericht anrufen und ihm die Frage der Verfassungsmässigkeit der Norm vorlegen (sog. Vorlageverfahren)⁶². In der Schweiz kennt lediglich der Kanton Jura ein solches Vorlageverfahren⁶³. In einem diffusen System hingegen können und müssen alle rechtsanwendenden Behörden die zur Anwendung gebrachten Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüfen und verfassungswidrigen Normen die Anwendung versagen, wobei die Norm aber nicht formell aufgehoben, sondern nur im konkreten Fall nicht angewendet wird⁶⁴.

[Rz 21] Der Bericht RK-N gibt dem diffusen System den Vorzug, da dieses in der Schweiz für die vorfrageweise Prüfung von kantonalen Erlassen und Verordnungen des Bundes seit langem praktiziert werde und ohne technische Probleme auf die Prüfung von Bundesgesetzen ausgedehnt werden könne, während das Vorlageverfahren als «relativ kompliziert» betrachtet wird und nicht an eine Tradition in der Schweiz anknüpfen könne⁶⁵.

[Rz 22] Gegen das diffuse System wird vor allem das Argument einer Rechtszersplitterung resp. einer mangelnden Einheit der Verfassungsrechtsprechung geltend gemacht. So wird moniert, dass nicht sein dürfe, dass ein Bundesgesetz in einem Kanton unterschiedliche Geltung habe bzw. aufgrund einer festgestellten Verfassungswidrigkeit gar nicht angewendet würde⁶⁶. Zudem sei ein Kantonsgericht kein

⁵⁶ Bericht RK-N, S. 9, 12.

⁵⁷ CHIES, S. 751.

⁵⁸ Vgl. zum Begriff der prospektiven Gesetzesevaluation MÜLLER, Elemente, N 91–93; SCHNEIDER, N 153 spricht davon, dass eine solche Wirkungsforschung schwierig sei, wenn es sich nicht um die Feststellung von messbaren Dingen handle. BIAGGINI, Rechtskontrolle, S. 316, weist zudem auf den Charakter einer Momentaufnahme einer solchen Prüfung hin, spätere Änderungen des übergeordneten Rechts können nicht einbezogen werden.

⁵⁹ Vgl. CHIES, S. 751; HALLER, Ausbau, S. 518; RHINOW, S. 40.

⁶⁰ AUER, N 42; FISCHBACHER, S. 120: «Die konkrete Normenkontrolle resp. das damit verbundene akzessorische Prüfungsrecht ist typisch für ein diffuses Normenkontrollsystem, weil sich alle Gerichte im Rahmen ihrer Rechtsprechung im Einzelfall auch über die Zulässigkeit der zugrundeliegenden Erlasse aussprechen müssen, um i.c. ein sachgerechtes und verfassungsmässiges Urteil sprechen zu können, da im Gefüge des Stufenbaus der Rechtsordnung der übergeordneten Norm als «lex superior» Geltung verschafft werden muss.»

⁶¹ Bericht RK-N, S. 9; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, N 1844; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, S. 288; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 711; TSCHANEN, § 11 N 16.

⁶² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I, a.a.O., HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, a.a.O., RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 713; TSCHANEN, a.a.O.

⁶³ AUER/KIENER/UHLMANN, NZZ vom 22. Juni 2011 (Nr. 143) 13.

⁶⁴ Bericht RK-N, S. 9 f.; CAMPRUBI, S. 258: «Die Entscheide des Bger im Rahmen der akzessorischen Normenkontrolle bewirken eine faktische Kasation, was nicht nur auf der freiwilligen Bereitschaft des betreffenden Kantons, sich der Rechtsauffassung des Bger zu unterwerfen, beruht, sondern auch auf dem Risiko von weiteren Niederlagen bei jeder späteren Anwendung der Norm»; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, S. 287: «Faktisch wirkt die Nichtanwendung im Einzelfall für künftige analoge Fälle gleich wie eine formelle Aufhebung.»

⁶⁵ Bericht RK-N, S. 10.

⁶⁶ AUER/KIENER/UHLMANN, NZZ vom 22. Juni 2011 (Nr. 143) 13, messen dieser Frage ebenfalls einige Bedeutung zu, betonen aber gleichzeitig, dass die Möglichkeit der diffusen Nichtanwendung dem geltenden föderalistischen

genügend starkes Gegengewicht zum Bundesgesetzgeber, weshalb das Bundesgericht als einziges Organ über genügend Ansehen verfüge, gegebenenfalls dem Gesetzgeber und dem Volk gegenüberzutreten⁶⁷. Diese Argumente haben durchaus Gewicht. Trotzdem ist insbesondere dem Einwand der Rechtszersplitterung entgegen zu halten, dass sich diese nicht nur im Rahmen der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen stellt, sondern auch der regulären Anwendung von Bundesgesetzen. So werden Bundesgesetze heute von den unterschiedlichsten kantonalen Gerichten angewendet (vgl. zur Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone Art. 46 BV). Dass dabei jede Norm gleich angewendet wird, ist zumindest zu bezweifeln. Eine Rechtszersplitterung existiert daher auch heute in diesem Bereich bereits. Zwar wacht das Bundesgericht als oberstes Gericht über die einheitliche Anwendung des Bundesrechts (vgl. Art. 95 lit. a BGG), doch darf nicht vergessen werden, dass das Bundesgericht lediglich auf Beschwerde bzw. Klage hin tätig wird. Wird also den Begehren der Parteien in einem kantonalen Verfahren in bundesrechtswidriger Weise entsprochen (z.B. im Familienrecht durch Weglassen der getrennten und gemeinsamen Anhörung nach Art. 111 Abs. 1 ZGB) und gelangt keine der beiden mangels Beschwer an das Bundesgericht, so kann dieses schon heute die einheitliche Rechtsanwendung nicht garantieren. Ein anderes Feld öffnet sich dann, wenn ein Kanton bundesrechtswidriges kantonales Recht erlässt, welches in der Anwendung den Bürger begünstigt und dieser daher keine Veranlassung hat, jenes beim Bundesgericht unter dem Titel der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) anzufechten.

[Rz 23] Schliesslich könnte auch eine Bundesratsverordnung schon heute in einem Kanton für verfassungswidrig, in einem anderen dagegen für verfassungsgemäss erklärt werden; praktische Bedeutung hat dieser Fall soweit ersichtlich nicht. Dass sich ähnliche Probleme bei der vorgeschlagenen diffusen Regelung nicht vermeiden lassen werden, liegt in der Natur der Sache. Auferlegen sich die kantonalen Behörden bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen aber die nötige Zurückhaltung, so wird die befürchtete Rechtszersplitterung ausbleiben. Nachzudenken ist allenfalls über eine besondere Beschwerdemöglichkeit der Bundesbehörden zum Schutz «ihrer» Bundesgesetze.

[Rz 24] Ein Vorlageverfahren wäre demgegenüber ein weitgehend neues System, welches erhebliche Vorarbeiten benötigen würde und unweigerlich die Frage nach sich ziehen müsste, welches Gericht denn für derlei Beschwerden zuständig wäre. Könnte das Bundesgericht bzw. eine Abteilung diese Aufgabe übernehmen oder müsste hierfür ein eigenes Verfassungsgericht geschaffen werden? Wer hätte ein Vorlagerecht und wie wäre der Rechtsschutz der Parteien bei

einer Verweigerung der Vorlage auszugestalten? Angesichts der ohnehin nicht unbestrittenen Aufhebung des Art. 190 BV halten wir es für klüger, diese in vielerlei Hinsicht offene Frage auszuspähen und an das bewährte System der diffusen Normenkontrolle anzuknüpfen.

4. Offene Fragen

[Rz 25] Ob all der technischen Fragen über die konkrete Ausgestaltung der vorgeschlagenen neuen Regelung darf ein Punkt nicht in Vergessenheit geraten, der durch die Vorlage gerade nicht geregelt wird, nämlich das *Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht*. Diese Frage regelt Art. 5 Abs. 4 BV, der lapidar festlegt, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten. Ohne an dieser Stelle auf die Kontroversen zu dieser Problematik einzugehen, bleibt festzuhalten, dass gemäss herrschender Lehre Art. 190 BV gerade *keine Aussage* zum Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht trifft⁶⁸. Mit der beabsichtigten Streichung werden in dieser Hinsicht keine Neuerungen vorgenommen. Auch die Frage der jüngst vermehrt in den medialen Fokus geratenen *Volksinitiativen*, die allenfalls gegen Völkerrecht verstossen, würde durch die Aufhebung *keine Antwort* erfahren⁶⁹.

IV. Unterschätzte neue Rügemöglichkeiten?

1. Grundrechtliche Rügen

[Rz 26] In Bezug auf Grundrechte, die eine Stütze in einer völkerrechtlichen Norm finden, die dem Schutz der Menschenrechte dient, besteht die Verfassungsgerichtsbarkeit de facto bereits heute (vgl. oben I. 2.2.). Neu könnten jedoch auch diejenigen (grundrechtlichen) Rügen vorgebracht werden, die bis anhin nur durch die Bundesverfassung garantiert werden (zu den einzelnen Rechten siehe oben I. 2.2.). Ob sich diese qualitativ erheblich wichtige Neuerung auch quantitativ i.S. eines Ansteigens der Prozesse niederschlagen wird, bleibt abzuwarten.

[Rz 27] Von grosser praktischer Bedeutung erscheinen aber mit dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zusammenhängende *neue Rügemöglichkeiten*. Diese werden im Kommissionsbericht und in der Öffentlichkeit unseres Erachtens noch ungenügend wahrgenommen, weil sich die Diskussion (zu)

Staatsaufbau entspreche; ebenfalls für das diffuse System ist HERTIG RAN-DALL, S. 340; kritisch aber CHIES, S. 751 sowie STEINEGGER, S. 53.

⁶⁷ CHIES, S. 751 f.

⁶⁸ AUER, N 174; BIAGGINI, N 16 zu Art. 190 BV; HANGARTNER, SG-Kommentar, N 29 zu Art. 190 BV; MAHON, commentaire, N 9 zu Art. 190 BV; RHINOW/SCHEFER, N 2861; SCHERRER, S. 186; TSCHANNEN, § 9 N 27.

⁶⁹ Vgl. weiterführend zu dieser Frage den Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2263 ff., 2313 ff. sowie den Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2011 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613 ff., 3619 ff.; vgl. auch BAUMANN, Volksinitiativen, S. 241 ff. und dort insbesondere S. 260 ff.

schwergewichtig auf Grundrechtsfragen konzentriert. Vereinfacht kann man zwischen *neuen föderalen* und *neuen rechtsstaatlichen Rügen* unterscheiden:

2. Föderale Rügen

[Rz 28] Die Streichung von Art. 190 BV hat möglicherweise auch weit reichende *Auswirkungen auf das föderale Gefüge*. Bereits heute können Kantone gegen den Bund Klage erheben wegen «Kompetenzkonflikten zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden» (Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG). Solche staatsrechtlichen Klagen sind heute selten, dies einerseits wegen der (begrüssenswerten) Rechtskultur, Konflikte zwischen Bund und Kantonen auf dem Verhandlungswege zu lösen, andererseits aber auch, weil Art. 190 BV den «interessantesten» Konflikt, nämlich die Überschreitung der Bundeskompetenzen durch den Bundesgesetzgeber, verfassungsrichterlicher Sanktionen entzieht.

[Rz 29] Bei einer Streichung von Art. 190 BV liegt es nahe, dass das Bundesgericht den Vorrang der Bundesverfassung gegenüber Bundesgesetzen auch in Kompetenzfragen durchsetzt. Das Bundesgericht hätte sich bei solchen Prüfungen nicht nur mit der verfassungsrechtlichen Reichweite der einzelnen Bundeskompetenzen zu beschäftigen, sondern müsste auch entscheiden, in welchem Umfang allgemeine Prinzipien der Kompetenzzuweisung zwischen Bund und Kantonen justiziabel würden, etwa das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5a BV oder Grundsätze des Zusammenwirkens nach Art. 44 ff. BV, namentlich Art. 47 BV. Auch bei einer (zu vermutenden) grossen Zurückhaltung des Bundesgerichts müsste der Bundesgesetzgeber damit rechnen, dass bei mindestens klaren Kompetenzüberschreitungen dem Bundesgesetz die Aufhebung droht. Dies wäre ein Paradigmenwechsel.

[Rz 30] Zentral im Zusammenhang mit dem bundesgerichtlichen Einschreiten gegen kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze erscheint die Frage der Beschwerdelegitimation, genauer gesagt die Frage, ob auch die oder der einzelne Private diese Rüge erheben darf. Aufgrund der heutigen bundesgerichtlichen Praxis erscheint es folgerichtig, dass die oder der Einzelne in Zukunft geltend machen dürfte, ein Bundesgesetz verstosse gegen die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung. Das Bundesgericht anerkennt seit seiner frühesten Praxis⁷⁰ einen verfassungsmässigen Anspruch auf die Einhaltung des Vorrangs von Bundesrecht (Art. 49 Abs. 1 BV). Wenn die oder der Einzelne die Verletzung der föderalen Ordnung in der einen Richtung rügen darf, erscheint nur schwer begründbar, weshalb sie oder er sich nicht auch in der umgekehrten Richtung, nämlich gegen die verfassungswidrige Anmassung kantonalen Kompetenzen durch den Bund, zur Wehr setzen kann. Damit werden die Rügemöglichkeiten für Private beträchtlich erweitert. Man könnte nicht allein vom

Grundsatz der derogatorischen Kraft von Bundesrecht, sondern von einer *föderalen Rüge* sprechen.

3. Rechtsstaatliche Rügen

[Rz 31] Eine Ausweitung der Rügemöglichkeit dürfte sich in jedem Fall dadurch ergeben, dass nun Bundesgesetze einer Kontrolle nicht nur auf Grundrechte, sondern auch auf rechtsstaatliche Grundsätze hin zugänglich werden. Solche *rechtsstaatlichen Rügen* werden oft als Teil einer *Grundrechtsrüge* erscheinen; zwingend ist das aber nicht. Praktisch bedeutsam ist insbesondere das Legalitätsprinzip (resp. der Grundsatz der Gewaltenteilung). Bei kantonalen Gesetzen prüft das Bundesgericht mit grosser Regelmässigkeit die Einhaltung der sog. Delegationsgrundsätze. Eine ähnliche Prüfung wird sich für den Bund in Anwendung von Art. 164 BV ergeben. Konkret bedeutet dies beispielsweise, dass jede Gebühr des Bundes darauf hin geprüft werden könnte, ob Bundesgesetzgeber und Bundesverordnungsgeber die rechtliche Grundlage sorgsam genug formuliert haben, damit die Grundsätze von Art. 127 und Art. 164 eingehalten werden⁷¹. «Grosszügige» Delegationen des Parlaments aus früheren Zeiten könnten sich als veritable Schlachtfelder bundesgerichtlicher Korrekturen erweisen.

[Rz 32] Damit soll keines Falls gegen die geplante Streichung von Art. 190 BV eingetreten werden. Die heutige Diskussion kreist aber unseres Erachtens etwas einseitig um (zweifelloso wichtige) Fragen der Grundrechtskontrolle. Prozessual relevant sind aber bekanntlich nicht nur Grundrechte. *Neue föderale und rechtsstaatliche Rügen* öffnen – je nach Blickwinkel – ein Füllhorn oder die Büchse der Pandora neuer Rechtsschutzmöglichkeiten. Dessen sollte man sich bewusst sein.

Bibliografie/Literaturübersicht:

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich 1996 (zit. BEARBEITER, N zu Art. aBV)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse* du 18 avril

⁷⁰ Vgl. nur BGE 88 I 168; 91 I 17; 104 Ia 105 E. 2.a S. 106 f.; 107 Ia 286 E. 4.a S. 288; aus der neuesten Rechtsprechung vgl. BGE 137 I 41 E. 4.1 S. 41.

⁷¹ Ebenso SEILER, S. 434. Heute sind akzessorische Prüfungen von Bundesratsverordnungen stark verkürzt: Selbständige Verordnungen, d.h. solche, die auf einer Ermächtigung der Verfassung beruhen (vgl. Art. 182 Abs. 2 BV), können zwar unbeschränkt auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden, das Bundesgericht auferlegt sich aber auch hier Zurückhaltung (vgl. BGE 128 II 222 E. 3.2.1 S. 225). Wird der Bundesrat durch eine Delegationsnorm zum Erlass einer unselbstständigen Verordnung ermächtigt (vgl. Art. 182 Abs. 1 BV), so wird lediglich geprüft, ob er den ihm vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraum offensichtlich überschreitet oder sich die Verordnung aus anderen Gründen als gesetz- oder verfassungswidrig erweist (BGE 126 II 522 E. 41 S. 573 f.).

1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. BEARBEITER, commentaire, N zu Art.)

AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, deutschsprachige Ausgabe, Basel 1984

AUER ANDREAS/KIENER REGINA/UHLMANN FELIX, Richterliche Prüfung auch für Bundesgesetze – Ein mutiger Vorstoss zur Verwirklichung und Durchsetzung der Verfassungswerte, NZZ vom 22. Juni 2011 (Nr. 143) 13.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, 2. Aufl. Bern 2006 (zit. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. I)

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2. Aufl. Bern 2006 (zit. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, vol. II)

BAUMANN ROBERT, Die Tragweite der Schubert-Praxis, in: AJP 2010 1009 ff. (zit. BAUMANN, Schubert-Praxis)

BAUMANN ROBERT, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBI 111/2010 241 ff. (zit. BAUMANN, Volksinitiativen)

BIAGGINI GIOVANNI, «Präventive Rechtskontrolle» – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, in: LeGes 2010/3 309 ff. (zit. BIAGGINI, Rechtskontrolle)

BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, N zu Art. BV)

CAMPRUBI MADELEINE, Kassation und positive Anordnungen bei der staatsrechtlichen Beschwerde; Wirkungen und Grenzen des Grundrechtsschutzes in Theorie und Praxis, Diss. Zürich 1999 (ZStÖR 131)

CHIES ALESSANDRA, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz? – Die Problematik um das Massgeblichkeitsgebot in Art. 190 BV hinsichtlich Bundesgesetzen, in: AJP 2011 747 ff.

EHRENZELLER BERHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2008 (zit. BEARBEITER, SG-Kommentar, N zu Art.)

FISCHBACHER ALAIN, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland: Aufgaben, Einfluss und Auswahl, Diss. Zürich 2006 (ZStÖR 168)

HALLER WALTER, Das schweizerische Bundesgericht als Verfassungsgericht, in: Christian Starck/Albrecht Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 2. Aufl. Baden-Baden 2007 91 ff. (zit. HALLER, Verfassungsgericht)

HALLER WALTER, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: ZSR 1978 I 501 ff. (zit. HALLER, Ausbau)

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 4., neu überarbeitete und ergänzte Aufl. Basel 2008

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl. Zürich 2008

HERTIG RANDALL MAYA, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, in: ZSR 2010 II 221 ff.

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2., vollständig überarbeitete und ergänzte Aufl. Bern 1994 (zit. KÄLIN, Beschwerde)

KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie; Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987 (zit. KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit)

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÜRGE/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE/TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, in: ZBJV 146/2010 937 ff.

MÜLLER GEORG, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2006 (zit. MÜLLER, Elemente)

MÜLLER JÖRG PAUL, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39, Berlin/New York 1981 53 ff. (zit. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008 (zit. BEARBEITER, BSK-BGG, N zu Art.)

RHINOW RENÉ, Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen durch das Bundesgericht – Ja oder Nein?, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988 35 ff.

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2., vollständig überarbeitete Aufl. Basel 2010

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2., erweiterte Aufl. Basel 2009

RIETIKER DANIEL, Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2010, in: AJP 2010 549 ff.

SCHERRER THOMAS, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, Diss. St. Gallen 2001 (IRP-HSG 5)

SCHMID GERHARD/UHLMANN FELIX, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 223 ff.

SCHNEIDER HANS, Gesetzgebung: ein Lehr- und Handbuch, 3., neu bearbeitete und erweiterte Aufl. Heidelberg 2002

SCHÖBI FELIX, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168, in: recht 2010 131 ff.

SCHOCH CLAUDIA, Bundesgericht soll auch Bundesgesetze prüfen – Nationalratskommission für mehr Rechtsstaat und

den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 23. Februar 2011 (Nr. 45) 11

SCHUBARTH MARTIN, Verfassungsgerichtsbarkeit: Rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe, Bern 2011 (zit. SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit)

SCHUBARTH MARTIN, Die Bedeutung der verfassungsmässigen Ordnung für das Verhältnis von Richter und Bundesgesetz, in: ZSR 2003 I 169 ff. (zit. SCHUBARTH, Ordnung)

SEILER HANSJÖRG, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, in: ZSR 2010 II 381 ff.

STEINEGGER FRANZ, Die richterliche Überprüfung von Bundesgesetzen auf Verfassungsmässigkeit, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe SAV, Bd. 3, Zürich 1988 47 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern 2011

ZIMMERLI ULRICH, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ZSR 2002 I 445 ff.

Prof. Dr. iur. Felix Uhlmann, LL.M. ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtsetzungslehre an der Universität Zürich.

Lic. iur. David Hofstetter ist als Assistent an seinem Lehrstuhl tätig.

* * *